نظرية الفساد في عقد البيع: تطبيقات معاصرة للعقود الفاسدة

إعداد:
مصطفى محمد جبري شمس الدين

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد رسوله الأمين، وعلي آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلي يوم الدين، أما بعد،

إن من طبيعة دين الإسلام هو مراعاة المصالح المعتبرة بجلب المنافع وبدفع المفاسد. وهذه القاعدة القدسية أصبحت مقصدا من المقاصد التي وضعها الشارع الحكيم الخبير لهذا الدين في معناه منهج الحياة، بحيث كل تفريعات الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية راجعة إلى هذا المقصد العليا. وهو يلائم مع أصل الفطرة التي خلق الله تعالى عليها المخلوقات.

إن إزالة الفساد أو المفاسد وفسخه من الكون والحياة مطلوبة عند الشرع ومأجورة. والفساد في مقصوده الخاص يقتضي مبحثا جديدا في المنظور الشرعي لا سيما في جانب المعاملات المالية. والحديث عن الفساد في هذا النطاق العلمي التخصصي يتطلب إلى البيان الكافي لكي يتضح الفرق والميز بين معاني الفساد في الفقه الإسلامي.

وهذا البحث المتواضع عبارة عن محاولة في تلبية هذه الدعوة، أي إيجاد نظرية منضبطة متكاملة للفساد في جانب المعاملات والعقود، مع النظر الدقيق إلى تطبيقها في الواقع المعاصر. ونتوسع الكلام حولها في البحث الذي بين أيدينا المسمى: **نظرية الفساد** في **عقد البيع: تطبيقات معاصرة للعقود الفاسدة.**

هذا العنوان البحثي يفيد موضوعين أساسيين، وهما: الفساد في العقود كنظرية، ودراسة في تطبيق النظرية للواقع المعاصر. الموضوع الأول يعبر عن نظرية متداولة في التراث الفقهي الإسلامي في وضع الفساد من ضمن الصفات الطارئة للعقود في شروطها أو أركانها. والموضوع الثاني يعبر عن تطبيق النظرية للعقود الفاسدة المعاصرة أن نجعلها مقبولة عند الشرع ويترتب منها الآثار الشرعية.

المنهج المعتمد عليه في السير مع هذه الدراسة هو النظر إلى التراث لكشف ما يصلح تطبيقه في الواقع المعاصر، أو ما يسمى بـ "إعادة التراث إلى الواقع". وتتم هذه الدراسة بتتبع الأحكام للعقود الفاسدة في المؤلفات الفقهية التراثية واستخراج منها نظرية تضبط المفهوم الأصلي للفساد، ثم تطبيقها على العقود الجديدة في الواقع المعاصر.

ونهاية القول، أن البحث قائم بدراسة النظرية التي توجد عند ماهية العقود في الفقه الإسلامي. وهذه النظرية تؤثر فيما يترتب من الآثار الشرعية وراء هذه العقود. ونسأل الله تعالى التوفيق والرشد.

المبحث الأول: تحليل مصطلحات

إن البحث لا يخلو عن المصطلحات المتناولة الخاصة في تعبير الأفكار والآراء. وبالنظر إلى هذا الأمر، نجعل هذا الفصل الأول موطن لتحليل بعض المصطلحات المتداولة أكثر استخداما وأوضح بيانا للموضوع البحثي. الفهم أو الاستيعاب لهذه المصطلحات يكون مقدمة لفهم الموضوع الكلي الذي يقوم على هذه المصطلحات. وقد أدخلنا في هذا الفصل مبحثين لتكميل مطلوبنا منه.

عقد البيع

المصطلح الأول الذي لا بد من الأخذ به في هذا البحث هو عقد البيع. هذا المصطلح يتكون من الكلمتين المترابطتين بصلة الإضافة، حيث الأولى مضاف والثانية مضاف إليه. وقبل أن نعرفه كمصطلح علمي، علينا أن نعرف كل واحد منهما لكي يتضح مراده الاصطلاحي.

العقد في معناه اللغوي هو الشد والربط،[١] وقال تعالى ﴿ يآيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود﴾[٢]. وفي معناه الاصطلاحي العقد هو "اتفاق بين طرفين يلتزم فيه كل طرف منهما تنفيذ ما تمّ الاتفاق عليه ولا بد فيه من إيجاب وقبول".[٣] وقد يطلق مصطلح العقد في أكثر من مجال من مجالات فقهية، ولكن الذي نقصده هو العقد المستخدم في مجال المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية دون غيره، وهذا لكي يلائم مع الموضوع المأخوذ في هذه الدراسة البحثية.

البيع في معناه اللغوي هو "مبادلة مال بمال أو مقابلة شيء بشيء أو دفع عوض وأخذ ما عوض عنه".[٤] وقال تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربوا ﴾[٥]. وفي معناه الاصطلاحي هو "مبادلة مال متقوم بمال".[٦]

التعريف الإضافي لهذا المصطلح يكون من هذين التعريفين الاصطلاحين (العقد والبيع)، وهما يفيدان معنى الذي نقصده ليكون من ضمن أفكار البحث. وهذا المعنى عبارة عن التعريف الإضافي

---

[١] زيدان، عبد الكريم: **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، (مؤسسة الرسالة: بيروت، ط-١١ ١٩٨٩م) ص ٢٣٩

[٢] المائدة: ١

[٣] سانو، قطب مصطفى: **معجم مصطلحات أصول الفقه**، (دار الفكر: دمشق، ط-١ ٢٠٠٠م) ص ٢٨٧

[٤] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**، (الكويت، ط-٢ ١٩٨٧م) ج ٩ ص ٥

[٥] البقرة: ٢٧٥

[٦] عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي**، (دار الثقافة: قطر، ط-١ ١٩٨٦م) ج١ ص ١٥

لهذا المصطلح، وهو "اتفاق بين طرفين في القيام بعملية مبادلة مال بمال بحيث يلزم من وجود هذا العقد وجود شروطه وأركانه وأوصافه".

العقد الفاسد

المصطلح الثاني المتداول في هذا البحث هو العقد الفاسد. ويكون هذا المصطلح أكثر أهمية بمقارن الأول، لأن فيه إشارة واضحة إلى المحور الجوهري للبحث أي نظرية الفساد. وكذلك هذا المصطلح يتركب من كلمتين مترابطتين بصلة الصفة، حيث الأولى موصوفة والثانية صفة.

الكلمة الأولى لا تحتاج إلى أن نعرفها لأن وجوده في المصطلح السابق قد منعنا من التكرار بها. والذي يهمنا هنا هو الكلمة الثانية أي الفاسد، وكونها صفة للأولى.

الفاسد في معناه اللغوي من الفساد وهو ضد الصلاح، أي عدم موافقة الفعل ذي الوجهين الشرع بأن لا يترتب عليه أثره الشرعي، إذا كان الفعل عبادة محضة، وذلك لاختلال ركن من الأركان أو لفقدان شرط من الشروط، أو يترتب عليه أثره الشرعي مع تأثيم المكلف إذا كان الفعل معاملة.[٧] والفاسد هو ما كان أصله مشروعا ولكنه امتنع لوصف عارض أي أن يكون التصرف مشروعا من حيث الأصل ولكنه غير مشروعا من حيث الوصف (الكيفية التي تمّ إيقاعه بها)، وذلك لوجود خلل في شرط من شروطه الخارجة عن ماهيته وعن أركانه.[٨]

موقع الفاسد في هذا المصطلح موقعا وصفيا، حيث إنه صفة للعقد والعقد موصوف به، ودخول الصفة إلى كلمة ما يفيد المعنى الخاص في نطاق مستلزم الصفة، والصفة تقيد إطلاقه وتحدد إطاره وتجعل الموصوف خاضعا له في مدار بحثه.

التعريف الإضافي لهذا المصطلح يكون من هذين التعريفين الاصطلاحين (العقد والفاسد)، وهما يفيدان معنى الذي نقصده ليكون من ضمن أفكار البحث. وهذا المعنى عبارة عن التعريف الإضافي لهذا المصطلح، وهو "اتفاق بين طرفين الذي يتصف بمقتضى الفساد المؤثر في ترتب أثره الشرعي".

المصطلحان اللذان نوردهما في هذا الفصل عبارة عن مقدمة للموضوع البحثي، إذ هما يعطيان مفهوما ابتدائيا للفكرة الأساسية التي تكون لبا لوجود هذه الدراسة. النقاط الممتدة من هذا المفهوم تتمثل في إيجاد النظرية المتكاملة وتوسيع تطبيقها على الفروع.

المبحث الثاني: **نظرية الفساد**

---

[٧] سانو، قطب مصطفى: **معجم مصطلحات أصول الفقه**، ص ٣٠٨

[٨] المصدر نفسه، ص ٣١٠

المفهوم للفساد أو الفاسد الذي مر الحديث البسيط عنه سابقا قد يفهمنا أساسيات ذاتية التي تقوم عليها نظرية الفساد. وهذه النظرية نحاول كشفها من خلال الدراسة فيما تكلم عنه الفقهاء القدماء حول مقتضى النهي للفساد. ونقصد بهذه النظرية في وقوعها في جانب المعاملات المالية بصفة عامة، أو في جانب عقد البيع بصفة خاصة.

وفي حقيقة الأمر أن هذه النظرية تكمن في ضمن مقتضيات النهي للنصوص الشرعية، بحيث اختلف الأصوليون في أصل الاقتضاء للنهي في النصوص.

الفساد دون البطلان

قبل الخوض إلى ماهية الفساد لكي ننال منها نظرية منضبطة للعقود المالية، علينا أن نلاحظ الفرق القائم في الفصل بين الفساد والبطلان. أنهما من ضمن مقتضيات النهي حيث إن البطلان أصل لمقتضاه والفساد أمر طارئ معتمد على القرائن والإشارات. الموضوع في هذا المبحث يتطلب منا البيان في تمييزهما في كونهما أثرا مترتبا من النهي بكل صيغه في النصوص الشرعية.

وقد تحدثنا سابقا عن الفساد، والذي يهمنا الآن هو ماهية البطلان في العقود المالية. والبطلان في معناه اللغوي هو سقوط الشيء لفساده، وأما معناه الاصطلاحي "هو تجرد التصرف الشيء عن اعتباره وأثاره في نظر الشارع".[9] والمراد هو البطلان في المعاملات دون العبادات، وقد يفيد تعريفا آخر وهو " البيع الباطل هو كل بيع لم يتوافر ركنه، أو فاته شرط من شرائط الانعقاد، من الأهلية والمحلية وغيرهما".[10]

وبان لنا الفرق الظاهر في هذا التعريف بين الفساد والبطلان في العقود والبيوع. وفي سبيل التوضيح والتفصيل نجعل هذا الفرق مندرجا تحت نقطتين أساسيتين وهما:

١) الخلل الواقع في ماهية الفساد:

هذه النقطة تمثل دراسة منهجية في سبب إيقاع الفساد في مقتضى النهي، وتكون متجهة إلى دراسة الموقع الذي يحدث فيه الفساد في النهي. هذا الموقع هو الذي يوضح لنا ماهية الفساد في العقود المالية ويبين مدى الفرق بينه وبين البطلان. وإذا لاحظنا إلى التعريفين السابقين لهذين المصطلحين (الفساد والبطلان) نجد نقطة مختلفة مبينة هذا الموقع وهي موقع الخلل في النهي، وهو قد يكون في ركن من أركان المنهي عنه، وقد يكون في شرط من شروط المنهي عنه. الموقع الأول وهو ركن يفيد

---

[9] سلقيني، إبراهيم محمد: تحقيق المراد في **أن النهي يقتضي الفساد، ومؤلفه "الحافظ العلائي"،** (دار الفكر: دمشق، ط-١ ١٩٨٢م) ص ٢٢٠

[10] عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية** في **المذهب الحنفي**،ج١ ص ٤٤١

بطلان المنهي عنه، والموقع الثاني وهو شرط يفيد فساد المنهي عنه. وإذا جر هذان الموقعان في العقد، فيسمى الأول بالعقد الباطل ويسمى الثاني بالعقد الفاسد.

ومن الجدير أن نذكر هنا حقيقة الشرط في العقد وعلاقته بالفساد دون البطلان، لأن فيها دلالة صريحة إلى ماهية الفساد. وتحقيقا لهذا الغرض، نسلك في دراسة مصطلح الشرط ومقتضياته قبل النظر إلى صلته بنظرية الفساد.

الشرط عبارة عن مصطلح علمي متداول في علم أصول الفقه، وفي معناه اللغوي هو العلامة اللازمة، وفي الاصطلاح هو "ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجا من حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء".[١١] وأما الركن هو مثل الشرط إلا أنه داخل من حقيقة الشيء، ويترتب أثر الركن كما يترتب أثر الشرط في ذلك الشيء.

ولكن المصطلح المتناول ليعبر الشرط في العقد الفاسد هو الوصف الخارجي، كما يجري أكثر استخداما عند مذهب الحنفية. ومن المعروف أن هذا المذهب هو الذي يحصل على إيجاد هذا المصطلح (العقد الفاسد) والأحكام المترتبة منه بخلاف مذهب الجمهور الذي لا يفرق بين الباطل والفاسد في العقود.

الخلل الواقع المؤثر في هذه الأوصاف الخارجية في العقد (ويشتمل فقدان شرط من الشروط) يفيد معنى الفساد عند الحنفية، ويفيد معنى البطلان عند الجمهور. وقال أبو حنيفة الفاسد "وهو ما كان مشروعا بأصله، ممنوعا بوصفه،"[١٢] وهو يفيد معنى مخالفا للبطلان، لأن البطلان ممنوع بأصله وبوصفه.

إن المرتكز البحثي في نظرية الفساد في العقد هو دراسة هذا الوصف (أو الشرط) من ناحية كونه منهيا عنه غير مؤثر في أصل العقد. هذا الكلام يتطلب التوضيح المشير إلى الفرق بين الأصل والوصف في العقد ومدى تأثيرهما في إعطاء الحكم الشرعي. ومن الممكن أن نوضح هذا الفرق بشكل النقاط التالية مع النظر الدقيق إلى آراء المثبتين (الحنفية) لوجود الفساد في المعاملات المالية الإسلامية، وهي:

---

[١١] زيدان، عبد الكريم: **الوجيز** في **أصول الفقه،** (مؤسسة الرسالة: بيروت، ط-٧، ١٩٩٩م) ص ٥٩

[١٢] الآمدي، علي بن محمد: **الإحكام** في **أصول الأحكام،** تحقيق: د. سيد الجميلي (بيروت: دار الكتاب العربي، ط-٣، ١٩٩٨م) ج١ ص١٧٦

١. ذهب الجمهور إلى أنه إذا تعلق النهي بالفعل بأن طلب الكف عنه فإن كان لعينه أي لذات الفعل – الأصل – أو لجزئه وذلك بأن يكون منشأ النهي قبحا ذاتيا كان النهي مقتضيا للفساد المرادف للبطلان،[١٣] مثلا بيع المعدوم أو بيع الميتة أو بيع الجنين في البطن.

٢. إذا كان النهي غير متوجه إلى ذات الشيء – الأصل – ، وإنما إلى أمر مقارن أو مجاور له – الوصف – ولكنه غير لازم للفعل، كالنهي عن البيع وقت الأذان لصلاة الجمعة، وذهب الظاهرية إلى فساد الفعل في هذه الحالة.[١٤]

٣. وذهب الحنفية وعامة المتكلمين إلى التفرقة بين النهي المتجه إلى الذات (الأصل) وبين النهي المتجه إلى الوصف اللازم، فرأوا أنه يقتضي الفساد، لأنه لا يلزم من قبح الوصف قبح الأصل، فيكون مشروعا بأصله، غير مشروع بوصفه، لأن الفاسد عبارة عن فائت الوصف دون الأصل، فالفاسد عندهم منزلة بين الصحة والبطلان.[15]

ومن الملاحظ في النقاط الماضية، نفهم أن الخلل الواقع في ركن العقد أو أصله يفيد البطلان لأن الخلل المنهي عنه شرعا يؤثر في جزء من العقد أي وصفه دون أصله الذي يبنى العقد عليه. فهذا الخلل لا يعدم أصل العقد، ولكنه ناقص معلل لوقوع وصفه في ما ينهى عنه الشرع. وما دام الأصل موجود فحكمه موجود (أي فاسد)، ويترتب من هذا الحكم أثر شرعي في طرفي العقد.

٢) الأثر المترتب من الفساد دون البطلان:

بعد أن نظرنا إلى الحديث السابق عن الخلل الواقع في العقد المنتج إلى فساده دون بطلانه، ففي هذا المجال نلتفت البصر إلى الأثر المترتب من العقد الفاسد. إن هذا الأثر يمثل فرقا واضحا بين العقد الفاسد والعقد الباطل، إذ يكون هذا الفرق يرجع إلى موضوع هام في الفقه الإسلامي وهو الآثار الشرعية المترتبة من العقد.

إن أوضح هذه الآثار هو ثبوت الملكية لكلي طرفين في العقد، وهما متعاقدين أو ما هو معروف عند الناس بـ (البائع والمشتري) أو (صاحب الثمن وصاحب المثمن). فالملكية أو الملك هو "اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع

---

[١٣] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول**، تحقيق: أبو مصعب محمد سعيد البدري (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط-٦، ١٩٩٥م) ص ١٩٣

[١٤] زيدان، عبد الكريم: **الوجيز في أصول الفقه**، ص ٣٠٣

[15] سلقيني، إبراهيم محمد: **تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد**، ص ١٩١ و١٩٢

الشرعي".[١٦] بأن يكون بعد العقد أن يملك البائع الثمن ويملك المشتري الثمن المعقود عليه ويصبح ملكا لهما في الوجه المعترف عند الشرع.

إن العقد الفاسد لم يترتب عليه بذاته أثر شرعي، وإنما ترتبت هذه الآثار بناء على تنفيذ العقد، فكأن التنفيذ حمل رعاية الشارع نظرا إلى الشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد.[١٧] ومن أحكام البيع الفاسد عموما متعلق بالآثار المترتبة عليه، وهو:

١) وهو مستحق الفسخ،
٢) وقبل القبض لا يترتب عليه حكم ما،
٣) وبعد القبض: يثبت الملك في المبيع للمشتري، ويجب على المشتري المثل أو القيمة.[١٨]

سنتعرض إن شاء الله هذا الموضوع (الآثار المترتبة على الفساد) بصفة تفصيلية في مبحث مستقل لكي نوضح هذا الأمر المهم بالنسبة لدراسة العقود الفاسدة في المعاملات الإسلامية.

هاتان النقطتان تصور لنا صورة مفهومة في التفرقة بين الفساد والبطلان في العقود، بحيث إنهما تمثلان حدا فاصلا بين أن يكون العقد فاسدا أم باطلا. النقطة الأولى (الخلل الواقع) تفيد مفهوما ذاتيا حقيقيا لوجود هدا الفرق، وأما النقطة الثانية (الأثر المترتب) تفيد مفهوما خارجيا أثريا من وجود هذا الفرق.

الفساد في المعاملات دون العبادات

المشار إليه في هذا البحث عموما يتطلب إلى دراسة مستقلة في التفرقة بين المعاملات وبين العبادات في كونهما متصفين بالفساد، لأن البحث يركز على الفساد في المعاملات دون في العبادات. وعلينا أن نميز بينهما تمييزا واضحا لئلا يتداخلا فيما بعض في وقوعهما في موطن الفساد الشرعي. وأن لا نجعلهما متساويين في صلاحهما ليكونا واقعا في منزلة وسطية بين الصحة والبطلان.

وقد جرى عند القائلين (الحنفية) بوجود الفساد في الشرع الحديث عن أن الفساد المعتبر شرعا يحدث فحسب في العقود والمعاملات دون العبادات. ونلتفت النظر إلى بعض أقوالهم في النقاط التالية:

١. العبادات: إذا فقدت ركنا من أركانها كالصلاة بلا ركوع أو فقدت بعض شروطها كالصلاة لا وضوء، فهي في الحالتين تسمى باطلة أو فاسدة، ولا يترتب عليها أثرها الشرعي. والمعاملات: وهي العقود والتصرفات، إذا فقدت ركنا من أركانها سميت باطلة ولم يترتب عليها اثر شرعي،

---

[١٦] زيدان، عبد الكريم: **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،** ص ١٧٩

[١٧] زيدان، عبد الكريم: **الوجيز** في **أصول الفقه،** ص ٦٧

[١٨] عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية** في **المذهب الحنفي،**ج١ ص ٤٣١

كما بيع المجنون أو بيع الميتة، وإذا استوفت أركانها ولكن فقدت بعض شروطها، أي بعض أوصافها الخارجية سميت فاسدة وترتب عليها بعض الآثار إذا قام العاقد بتنفيذ العقد كما في بيع بثمن غير معلوم أو بثمن مؤجل إلى أجل مجهول.[١٩]

٢. ما يتعلق بالعبادات، وتفسير لفظ الفساد مترتب على ما يقابله وهو الصحة، والذي ذهب إليه المتكلمون، أن المعني بالصحة في العبادة كونها موافقة لأمر الشارع في ظن الفاعل لا في نفس الأمر، وعند الفقهاء، المراد بالصحة فيها إسقاط القضاء، والفساد مقابل للصحة على التفسيرين.
فيما يتعلق بالمعاملات، والذي ذكره جمهور أئمة الأصول أن الصحة فيها عبارة عن ترتب ثمرة لك العقد المطلوبة منه؛ والمراد بالفساد أن لا يترتب عليه ذلك. **والجمهور** في عدم التفرقة بين الباطل والفاسد، وأنهما مترادفان يطلق كل منها في مقابلة الصحيح. وأما **الحنفية** فإنهم فرقوا بينهما وخصصوا اسم الباطل بما لا ينعقد بأصله كبيع الخمر، والفاسد بما ينعقد عندهم بأصله دون وصفه كعقد الربا، فالبيع الفاسد عندهم يشارك الصحيح في إفادة الملك إذا اتصل بالقبض.
وأما **المالكية** فتوسطوا بين القولين ولم يفرقوا بين الباطل والفاسد في التسمية، ولكنهم قالوا: البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة؛ وهي حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها.[٢٠]

٣. وحجة الحنفية في هذه التفرقة: أن العبادة وضعت للاختبار والامتثال والطاعة ابتغاء رضوان الله، ولا سبيل لهذا كله إلا بإيقاعه كما أمر الشارع، ولا يتحقق هذا الإيقاع المطلوب إلا إذا لم تحصل في مخالفة لا في ذاته ولا في وصفه، ومن ثم كان الفساد في العبادات كالبطلان فيها. أما المعاملات، فالمقصود بها تحقيق مصالح العباد وآثارها تتوقف على أركانها وشروطها، فإذا تحققت هذه الأركان فقد وجد الشيء وثبت له كيانه، إلا أن هذا الكيان قد يكون كاملا إذا وجدت أوصافه كافة، وفي هذه الحالة يكون صحيحا. وقد يكون كيانه مختلا مع وجوده لفوات بعض أوصافه، وفي هذه الحالة قد تتحقق به مصلحة ما، فيجب أن تترتب عليه بعض الآثار، وهذا هو الفاسد، فهو منزلة بين الباطل والصحيح.[٢١]

الموجز من الكلام السابق أن النقطة الجوهرية التي أخذ بها الحنفية في التفرقة بين وجود الفساد في المعاملات دون العبادات هي؛ أن العبادة خالصة من حق الله تعالى وأما المعاملات قد تكون من حق الله وقد تكون من حقوق العباد.

---

[١٩] زيدان، عبد الكريم: **الوجيز** في **أصول الفقه**، ص ٦٧

[٢٠] سلقيني، إبراهيم محمد: **تحقيق المراد** في **أن النهي يقتضي الفساد**، ص ٢٧٨-٢٨٣

[٢١] زيدان، عبد الكريم: **الوجيز** في **أصول الفقه**، ص ٣٠٤

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على العقد الفاسد

لقد أخذنا حديثا مختصرا عن هذا الموضوع (الآثار المترتبة على العقد الفاسد) سابقا لكي يكون مقدمة في الفهم والاستيعاب. ففي هذا الفصل سنتطرق تفصيل الحديث عنه نظرا إلى أهميته في هذه الدراسة البحثية.

الدراسة في هذه الآثار المترتبة من العقد الفاسد تعتبر أهم من الدراسة في البحث عن الحكم الشرعي المختلف فيه للعقد الفاسد. لأن هذه الآثار هي التي تدل على جريان العقد في الوجه الشرعي الذي يلزم منه نتائج العقد في كلي طرفين. وفضلا عن ذلك أن هذه الآثار تتحقق وجوده في الواقع عند انعقاد العقد.

ثبوت الملكية

قد تناولنا تعريفا مختارا للملكية في السابق، ومن الممكن أن نعيده في هذا المجال ليكون مستحضرا لدى فهمنا نحو الموضوع. فالملكية هو "اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي".[٢٢]

ومن مستلزمات العقد الشرعي هو ثبوت الملكية لطرفي العقد أي ثبوت الثمن للبائع وثبوت المثمن للمشتري بعد عملية التبادل المالي القيمي الشرعي. وقد اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح يترتب عليه جميع الآثار الشرعية (ومن ضمنها الملكية)، وأن العقد الباطل لا يترتب عليه جميع الآثار الشرعية (ومن ضمنها الملكية). واختلفوا في العقد الفاسد من جانب كونه معمولا به في الفقه الإسلامي، وذهب الحنفية وهم أصحاب نظرية الفساد إلى تحقيقه وإثبات كونه مقتضيا لترتب الآثار الشرعية بعد انعقاده لطرفيه. وقالوا أن الفاسد يترتب عليه بعض الآثار الشرعية نظرا إلى انعقاد العقد. إن هذا الترتب يبنى على أن أصل العقد مشروع منعقد بخلاف وصفه الواقع في الخلل الطارئ الذي يجعل العقد ينزل من الصحة إلى الفساد.

ومن هذه الآثار المترتبة على العقد الفاسد عند الحنفية هو **ثبوت الملكية**، ولكن هذه الملكية لا تكون مثل شأنها في العقد الصحيح، حيث إنه يحتاج إلى ما يصلحه ليكون مقبولا عند الشرع. وقد وضعوا بعض شرائط لهذه الملكية، وعلينا النظر إليها فيما يلي من الكلام.

المبداء القريب لهذا الموضوع هو **القبض**، بحيث لا يثبت الملك أو الملكية إلا بعد القبض. ويشترط لثبوت الملك في البيع الفاسد، أولا: القبض، وثانيا: أن يكون هذا القبض بإذن البائع.

---

[٢٢] زيدان، عبد الكريم: **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ص ١٧٩

١. القبض: لا يثبت الملك في البيع الفاسد قبل القبض، لآن البيع الفاسد واجب الفسخ رفعا للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد، لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري، وفي التسليم تقرير الفساد، وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه تقرير الفساد متناقض.[٢٣]

٢. أن يكون القبض بإذن البائع: فإن قبض بغير إذنه أصلا، لا يثبت الملك، وذلك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه. فإن لم ينهه، ولا أذن له في القبض صريحا.[٢٤]

استحقاق الفسخ

البيع الفاسد مستحق الفسخ، حقا للشرع دفعا للفساد:

١. لأنه وإن كان مشروعا في ذاته، فالفساد مقترن به ذكرا، ودفع الفساد واجب ولا يمكن دفعه إلا بفسخ العقد فيستحق فسخه.

٢. لأن اشترط ما يفسد العقد، مثل اشتراط الربا أو اشتراط خيار مجهول المدة أو إدخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك، معصية، والزجر عن المعصية واجب، واستحقاق الفسخ يصلح زاجرا عن المعصية، لأنه إذا علم أنه يفسخن فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة. لكن لما كان الفساد ليس لعين العقد بل لغيره، فإنه لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع، لا يفسخن كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل، فأسقطاه، يسقط، ويبقى البيع مشروعا كما كان.[٢٥]

استحقاق الفسخ بمقتضى الفساد ضمن الشرطين التليين:

١. بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد، فإذا هلك المبيع بيعا فاسدا عند المشتري، أو استهلكه، أو غير شكله تغييرا يتبدل به اسمه، ففي هذه الأحوال وأمثالها يمتنع الفسخ وتستقر الملكية.

٢. أن يؤدي فسخ العقد إلى إبطال حقوق، قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه. وعلى هذا لو استلم المشتري المبيع في بيع فاسد، حتى اعتبر مالكا بهذا الاستلام ثم باعه أو وهبه أو رهنه بعقد صحيح أو وقفه، امتنع فسخ البيع.[٢٦]

---

[٢٣] عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي،**ج١ ص ٤٣٨

[٢٤] المصدر نفسه، ص ٤٣٨

[٢٥] المصدر نفسه، ص ٣٢٢

[٢] سلقيني، إبراهيم محمد: **تحقيق المراد** في **أن النهي يقتضي الفساد،** ص ٢٢٩

[٢٦] عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي،** ج١ ص ١٢٩-١٦٣

المبحث الرابع: تطبيقات معاصرة

هذا الفصل يمثل صورة حقيقية للبحث لورود جوهر الدراسة فيه وهو تطبيقات معاصرة للعقود الفاسدة. لا نعني بهذا عدم العقود الصحيحة الصالحة تطبيقها في الواقع المعاصر، ونلجأ إلى العقود الفاسدة المختلف في حكم وجودها. اللهم لا نقصد إلا أمرين من هذا الجهد، وهما:

١. مصلحة الواقع المتغيرة تضطر إلى الإمساك بهذه العقود الفاسدة – نعترف بأن هذه العقود الفاسدة بديلة شرعية التي تقوم على قول من أقوال الفقهاء لمواجهة النظام الاقتصادي المتطور القائم على القيم غير الإسلامية.
٢. إصلاح هذه العقود الفاسدة بالنظر إلى تلائمها مع الواقع – تطبيق هذه العقود بمعنى إصلاحها من وصفها الفاسد كي تكون صحيحة مقبولة عند الشرع مع عدم اختلاف الأنظار في قول بترتب آثارها.

ومن أجل إطالة هذا الموضوع وفهمه، سنسير مسلكا نعرف به أمثلة العقود الفاسدة في الوقت الحاضر. وهي مندرجة في المبحثين التاليين:

العقود الفاسدة شروطها

الشروط الفاسدة هي:[٢٧]

١. شرط في وجوده غرر أو أن يكون المشروط محظورا؛
   - إذا اشترى ناقة على أنها حامل، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم.
   - ولو اشترى كلبا أو فهدا على أنه معلم.
٢. شرط لا يقتضيه العقد، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق؛
   - باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمه إليه.
   - اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا.
٣. شرط الأجل في المبيع العين والثمن العين؛
   - اشترط أن يعطيه الثمن على التفاريق أو كل أسبوع، فإن لم يشترط في البيع بل ذكره بعده لم يفسده.
٤. شرط خيار مؤبد أو وقت بوقت مجهول أو غير مؤقت أصلا أو مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام؛
   - إذا اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فإن نقد في الثلاث جاز،

هذه الشروط الفاسدة تقتضي فساد العقد عند الأحناف، وخالفهم الجمهور. وقد احتج الحنفية بعض البراهين لتقوية رأيهم، وهي:

١. لأن هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع إلى العاقدين أو إلى غيرهما، وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكوم ربا، والربا حرام، والبيع الذي فيه ربا فاسد.
٢. وبعضها فيه غرر، والغرر منهي عنهن والمنهي عنه فاسد.
٣. وبعضها يغير مقتضى العقد، وهو معنى الفساد، إذ الفساد هو التغيير.

الشروط الفاسدة في حاجة ماسة إلى إصلاحه وإصباغها في لون صحيح مقبول عند الشرع أصلا، بحيث يجوز العمل بها تبعا لما قال به الأحناف بالنظر إلى مصلحة زمنية. والعمل بها مقيد بعدة الضوابط والكيفيات التي وضعها أصحاب هذه النظرة.

العقود الفاسدة أوصافها

الخلل الواقع في أوصاف العقود يجعلها فاسدة عند الحنفية، وباطلة عند الجمهور. فزوال الحكم بصحتها إلى فسادها مقيدا بالحكم للأوصاف المنهي عنها الطارئة الملصقة بأصلها الصحيح المشروع. كما أن الشرط قد يؤثر العقد في جعله فاسدا بعد أن كان صحيحا أم باطلا، وكذلك الوصف قد يجعل العقد فاسدا إذا كان وقوع الخلل المنهي عنه فيه.

في هذا المبحث نتعرض بعض الأمثلة للعقود الفاسدة أوصافها التي يتعامل بها الناس في الآن الحاضر. وهذه العقود متداولة في تراثنا الفقهي، ولكن تطبيقها في الواقع المتغير يتطلب إلى تنسيقها المتجدد لكي لا تتصادم مع مصالح الناس المعتبرة وأصول التشريع الإسلامي.

ومن هذه العقود، هي:

١. البيع المشتمل على الربا – إن ركن البيع وهو المبادلة المالية من أهله في محلها موجود، فأصل المبادلة حاصل. فالنهي للفضل، وهو الزيادة في العوض وهو وصف، ولا اختلال في أصله وهو الإيجاب والقبول. ولهذا يجب فالبيع المشتمل على الربا إما الفسخ أو رد الزيادة، ويعود صحيحا، لأن فساد الوصف يؤثر في دفع وصف الأصل وهو أنه حلال جائز فصار حراما فاسدا.[٢٨] (التطبيق المعاصر) وكم من بيع في عصرنا لا يخلو من الربا، فإذا ننظر إلى هذا الحكم لقد أخذنا نتيجة مفيدة لاقتصاد المسلمين.
٢. البيع بالخمر – منهي بوصفه وهو الثمن، لأن الخمر مال غير متقوم فصلح ثمنا من وجه دون وجه، فصار فاسدا لا باطلا لأن الثمن وصف لا أصل، ولذا لا يشترط وجوده فضلا عن تعينه،

---

[٢٨] سلقيني، إبراهيم محمد: **تحقيق المراد** في **أن النهي يقتضي الفساد**، ص ٢٣٦ و٢٣٧

وجاز استبداله. ولا خلل في ركن العقد ولا في محله، فصار قبيحا بوصفه مشروعا بأصله.[٢٩] (التطبيق المعاصر) وقياسا لهذا أي الخمر، نقول بفساد بيع المحرمات لا بطلانها، بحيث العقد موجود ويترتب منه بعض الآثار، وهو بحاجة إلى الصلاح الشرعي. وبيع المحرمات في الحاضر يكاد أن يكون منتشرا بين الناس.

٣. البيع وفيه الجهالة – الجهالة تكون في حالتين:[٣٠]

- جهالة المبيع – عدم العلم بالمعقود عليه، مثلا إذا قال "بعتك أحد هذين الثوبين" وسكت عن الخيار.
- جهالة الثمن – عدم العلم بثمن المبيع، مثلا لو قال "بعتك هذا العبد بقيمته" فالبيع فاسد لأنه جعل ثمنه قيمته، وإنها تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولا.

(التطبيق المعاصر) أكثر العقود المالية في الحاضر منعقد مع هذه الجهالة، ومنها؛ بيع الحصاة وبيع الملامسة وبيع المنابذة وبيع بالأجل المجهول وبيع المعدوم، ومنه عقد السلم وعقد الإستصناع.[٣١]

قصارى القول، إن العقود الفاسدة تقع بين منزلتين شرعيتين (الصحيحة والباطلة) الذي تقتضي موضوعا مستقلا في البحث والدراسة. وهي في نفسها لا يثبت حكما لازما شرعيا لوجود احتمالها واقعا إما في الصحة أم في البطلان. لأنها محتاجة إلى الضوابط لتكون صحيحة لازمة الحكم بها، وفي حين عدم هذه الضوابط تكون باطلة غير لازمة الحكم بها. وهذا المفهوم قد يجرنا إلى مفهوم العقد الموقوف الذي قد طال كلامه في المؤلفات الفقهية.

خاتمة البحث

نظرية الفساد في العقود الإسلامية تحتاج إلى مجال واسع مما أخذنا في هذا البحث، لأنها تصبح نظرية كلية في العقود حيث تندرج تحتها فروع فقهية اقتصادية من أجل الحصول على موقع الحكم الشرعي والحصائد المنتجة من تلازم هذا الحكم. ومن المهم أن نشير إليه في هذه الخاتمة هو النتائج التي نحصل عليها من خلال هذه الدراسة البحثية. وهي تكمن في النقاط التالية:

١. الفساد يختلف من البطلان، ومحور الاختلاف هو التفرقة بين حكم أصل العقد وبين حكم وصفه. الفاسد ما كان مشروعا بأصله ومختالا بوصفه، والباطل ما كان مختلا بأصله ووصفه. وأصل العقد هو الإيجاب والقبول، وأما وصفه كل ما زاد للأصل من الشروط والأوصاف.

---

[٢٩] المصدر نفسه، ص ٢٣٧

[٣٠] المصدر نفسه، ص ١١٤ – ١١٧

[٣١] التفصيل فليراجع: الضرير، الصديق محمد الأمين: **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي،** (جدة: مجموعة دلة البركة، قسم الدراسات والبحوث الشرعية، ط-٢، ١٩٩٥م)

٢. الفساد الذي يقتضي ترتب الآثار الشرعية هو الفساد الواقع في المعاملات دون العبادات. وقد اتفق الفقهاء على عدم التفرقة بين الفساد والبطلان في العبادات من جانب أنها يترتب عليها الأثر.

٣. المحور الجوهري في التمييز بين الفساد والبطلان هو اعتبار الأثر المترتب من انعقاده، لأن هذا الاعتبار يجعل الحنفية فرقوا بين الفساد والبطلان. الفساد يقتضي ترتب بعض الآثار نظرا إلى أن أصله منعقد مشروع، ولكن البطلان لا يترتب عليه أي أثر، لأن أصله غير منعقد. فوجود الماهية الناقصة لمعنى الصحة في الفساد يستلزم حكما وأثرا.

٤. التطبيق المعاصر للعقود الفاسدة لا بد أن يكون في حدود الضوابط الشرعية التي تعصم الأصل المشروع لنظرية العقد في المنظور الإسلامي.

مراجع البحث

١. الآمدي، علي بن محمد: **الإحكام** في **أصول الأحكام،** تحقيق: د. سيد الجميلي (بيروت: دار الكتاب العربي، ط-٣، ١٩٩٨م).

٢. زيدان، عبد الكريم: **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،** (مؤسسة الرسالة: بيروت، ط-١١ ١٩٨٩م).

٣. __________: **الوجيز** في **أصول الفقه،** (مؤسسة الرسالة: بيروت، ط-٧ ١٩٩٩م).

٤. سانو، قطب مصطفى: **معجم مصطلحات أصول الفقه،** (دار الفكر: دمشق، ط-١، ٢٠٠٠م).

٥. سلقيني، إبراهيم محمد: **تحقيق المراد** في **أن النهي يقتضي الفساد، ومؤلفه "الحافظ العلائي"،** (دار الفكر: دمشق، ط-١ ١٩٨٢م).

٦. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول،** تحقيق: أبو مصعب محمد سعيد البدري (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط-٦، ١٩٩٥م).

٧. الضرير، الصديق محمد الأمين: **الغرر وأثره** في **العقود** في **الفقه الإسلامي،** (جدة: مجموعة دلة البركة، قسم الدراسات والبحوث الشرعية، ط-٢، ١٩٩٥م).

٨. عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية** في **المذهب الحنفي، عرض منهجي،** (دار الثقافة: قطر، ط-١ ١٩٨٦م).

٩. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية،** (الكويت، ط-٢ ١٩٨٧م).